

中国的特殊性在于，国家从计划经济对市民社会的过度管制中退出来以后，几乎没有任何喘息的时间，就必须转换思维对市民社会进行另外一种规制。与西方国家先存在完备的民法典再出现各种修补性的管制立法不同，在还不存在民法典的情况下，由于市场经济发展的急迫需要，中国已经出现了大量的民事单行法和具体的规制性法规。这些拼盘式的法律往往使法官和民众卡在国家规制和私人自治之间无所适从。因此，如何在司法实务中运用解释论的方法妥当地处理私法和行政法的接轨就是一个重要的问题。

传统理论认为，公法和私法区分的理论基础在于政治国家和市民社会的对立。基于经济人和国家是必要恶的假设，国家原则上不应该介入市民社会的生活，私法和行政法之间的距离应该越远越好。但是完全的市场竞争所导致的协调难题、集体行动的困境、个人行为的外部效应和人的实际隶属性问题，在市民社会内部无法被消解，这使得国家不再伪装成社会秩序的中立监护人。国家针对社会共同体认为重要的活动开始施加持续和集中的控制，这导致了现代规制国的出现。如果说近代行政法向现代行政法的转变，其表征就是从最小国转向规制国，那么这种转变和私法的转向在理论基础上是暗合的。从近代民法转向现代民法，就是从抽象人格转向具体人格，从所有权的绝对保护转向所有权的限制，从意思自治转向意思自治的限制，从自己责任转向社会责任。上述转向的每一个部分都必须通过国家对市民社会的适当介入来实现。如果说近代私法以极端自由主义作为理论支撑，与其相对的则是以整体主义作为理论支撑的威权国家，两者之间只会存在对抗不可能出现交融。但是当规制国的理论基础从社群主义转向共和主义，而现代私法的理论基础从极端自由主义转向温和的自由主义时，两者的理论共识已然逐渐趋近。对于上述问题的理解是解释论的前见。我们必须明确，所谓规制只是在承认私人自治的前提下，国家对市民社会的必要干预。

城邦里的“特洛伊木马”，打开它们公法规范将源源不断地涌入私法，法官解释的宽严将决定公法进入私法的流量。我国物权法第*条和合同法第)1条第)项的规定就是两个典型的转介条款。尽管在我国侵权责任法中没有出现转介条款，但也可以通过解释将其推导出来，因为只有合法的民事权益才受到侵权责任法的保护，这个“法”不但包括私法也包括公法。

物权法中转介条款的目的，是通过转介公法规范对物权人的权能进行限制，其功能是对行为人的自由进行克减。在现代社会中，这种克减无论从方式上还是从内容上都出现了增加的趋势。原先物权人主要承担的是容忍的义务，而现在则出现了越来越多的积极作为的义务。限制的原因出现了膨胀化，例如基于公共安全、环境保护、城乡规划、世代利益、文物保护等，在法国法上物权人承担的上述限制被形象地称为“行政性役权”。限制的范围从不动产扩大到动产，原先认为基于动产的流动性国家无从限制，但是国家可以通过对私人手中的文物进行评级登记的办法，限制其向国外出售或者进行不当的更改和毁损的行为。同时，行政法规并非只有克减这一种方法。例如私人原则上不得占有和交易珍稀野生动物，但是得到国家允许从事珍稀动物培育的，如果达到一定数量且能自然繁殖的，可以允许私人进行一定范围的商业开发，这反而容易实现国家的规制目的。这种方法在文物保护和自然资源保护方面也有运用的余地。法官在运用物权法中的转介条款时，其解释余地较小，可能产生的国家对个人权利过分干预的情形主要通过立法阶段的充分协商予以排除。法官能够解释的，应该采取限缩和严格解释的原则。

合同法中转介条款的目的，是通过转介公法规范对私主体法律行为的效力进行补充和限制，其主要功能仍然是对行为人的自由进行克减，法官在解释的时候仍然应该遵循限缩和严格的解释原则。我国最高人民法院在关于强制性规范的两次解释中，先是排除了地方法规和行政规章，后又排除了单纯管理性的行政规范。这种对国家过度干预市民社会的怵惕之心实值赞赏，但是对于违反强制性规范合同只存在有效和无效简单二分模式仍显不足。法官在适用上述转介条款时，仍然可以通过对具体强制性规范的解释得出多元的结论。如果强制性规范的目的只是为是范的合同只存在有

认定过错的标准！同时也可能会突破纯粹经济损失只有在行为人故意的情况下才予以赔偿的限制”如果行政法规对主体的行为义务没有具体规定！法官只能将其转介入侵权法的一般条款从而适用过错原则！否则就会导致对私人自由的过度干预”